

Roj: **SAP OU 97/2015 - ECLI: ES:APOU:2015:97**Id Cendoj: **32054370012015100051**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Ourense**Sección: **1**Fecha: **19/02/2015**Nº de Recurso: **219/2014**Nº de Resolución: **51/2015**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARIA JOSE GONZALEZ MOVILLA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas D.^a Ángela Domínguez Viguera Fernández, Presidente, D.^a Josefa Otero Seivane y D.^a María José González Movilla, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA: 00051/2015

En la ciudad de Ourense a diecinueve de febrero de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Procedimiento Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia Cinco de Ourense, seguidos con el núm. 41/2013, Rollo de Apelación núm. 219/2013, entre partes, como apelante, D.^a Elena , representado por la procuradora D.^a Lucia Saco Rodríguez, bajo la dirección del letrado D. José Luis Rodríguez Atanes, y, como apelado, D. Juan Ramón , representado por la procuradora D.^a Eva Álvarez Coscolin, bajo la dirección del letrado D. José Carlos González Fernández.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.^a María José González Movilla.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia Cinco de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 28 de enero de 2014 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** QUE ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador D.^a LUCIA SACO RODRIGUEZ, en nombre y representación de D. Juan Ramón , contra Elena , DECLARO que la demandada Doña Elena ha incumplido la obligación de **cuidado** y asistencia a su madre Zaida establecida en la escritura pública de pacto sucesorio de mejora de 1 de febrero de 2010, declarando ineficaz la mejora efectuada a su favor sobre la casa unifamiliar situada en la localidad de Santa Baia, número NUM000 , Ayuntamiento de Allariz Ourense, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, con expresa condena en costas. "

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de Elena recurso de apelación en ambos efectos al que se opuso la representación de Juan Ramón , y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El demandante Don Juan Ramón ejercita en el presente procedimiento contra su hermana Doña Elena una acción mediante la que pretende que se declare que la misma ha incumplido la obligación de



asistencia y **cuidado** de su madre Doña Zaida impuesta por la misma como condición en el pacto sucesorio de mejora otorgado ante Notario el día 1 de febrero de 2010, con la correspondiente pérdida del derecho que en virtud del mismo le correspondería en la casa familiar señalada con el número NUM000 , del lugar de Santa Baia, en el término municipal de Allariz. La demandada se opuso a la demanda alegando que cuidó y asistió a su madre mientras estuvo capacitada para ello y cuando no fue así, fue su esposo Don Lorenzo el que se encargó de ella; que su madre no necesitó **cuidados** y atención hasta el mes de junio de 2012 y que nunca la requirió al efecto; que el demandante, su hermano, tampoco cuidó a su madre pues trabajaba en Suiza durante nueve meses al año, siendo su esposa la que lo hacía percibiendo por ello una retribución; que también estaba asistida por los Servicios Sociales del Ayuntamiento y, finalmente, que la obligación se estableció con carácter solidario, por lo que el cumplimiento de la misma por una de ellos deberá aprovechar a ambos, como es la propia naturaleza de la solidaridad en las obligaciones.

En la sentencia dictada en la instancia se estimó la demanda considerando acreditado que la demandada no prestó la atención y **cuidados** exigidos por la causante para hacer efectiva la mejora y disconforme la misma con dicha resolución interpone el presente recurso de apelación en el que insiste en el planteamiento contenido en la contestación a la demanda, alegando como motivo de impugnación el error en la valoración de la prueba y en la interpretación del contenido del pacto sucesorio, en lo referido a la solidaridad de la obligación. La parte actora se opuso al recurso interpuesto, solicitando que se confirmase la resolución apelada.

Segundo.- Para la resolución de la controversia planteada en este procedimiento ha de partirse de los siguientes hechos:

Doña Zaida falleció el día 7 de noviembre de 2012, habiendo otorgado **testamento** abierto el 1 de febrero de 2010 en el que, además de legar a uno de los hijos Don Jose Ángel una serie de fincas, instituyó herederos hijos Don Juan Ramón y Doña Elena , los aquí litigantes, bajo la condición de que "la cuiden debidamente, con arreglo a los usos del lugar, desde que la persona testadora lo manifestase y reclamase y hasta el momento de su fallecimiento; condición que se presumirá cumplida, salvo prueba en contrario. Los sustitutos quedarán obligados en igual condición. En caso de incumplimiento de la condición (el cual sólo podrá acreditarse interponiendo la pertinente demanda en el plazo de dos meses desde el fallecimiento de la testadora) por alguno de los herederos hace este legado a aquél que lo cumpla".

En la misma fecha de otorgamiento de **testamento**, la testadora y sus dos hijos Don Jose Ángel y Doña Elena , otorgaron escritura pública de pacto sucesorio de mejora, en virtud del que la mejorante, Doña Zaida mejoraba a los citados hijos adjudicándoles una casa unifamiliar situada en la localidad de Santa Baia, número NUM000 , del término municipal de Allariz, pactándose expresamente: "La mejorante impone a ambos mejorados, que asumen con carácter solidario, la obligación de cuidarla y asistirle desde que lo necesitare y reclamare y hasta el momento de su fallecimiento. La obligación de **cuidado** se presumirá cumplida iures et iura si no se interpone la demanda en vida de la mejorante o en el plazo de cuatro meses a contar desde el fallecimiento de la mejorante. La obligación de **cuidado** sí es compatible con que la mejorante aporte para ello algún dinero (v.gr. su pensión pública). Y se hace constar que los mejorados vienen cuidando a la mejorante desde hace más de 10 años".

Con posterioridad a ello, el día 6 de septiembre de 2012, la mejorante compareció ante Notario y realizó un acta de manifestaciones en la que después de relatar los antecedentes expuestos y efectuar algunas precisiones sobre los derechos que en el inmueble objeto del pacto sucesorio, declaró: "Que su citada hija Doña Elena no la cuidó ni asistió en modo alguno desde la formalización de dicho pacto, ni la cuida ni asiste en la actualidad", añadiendo que es su voluntad que sus derechos sobre la vivienda, la mitad indivisa, sean de su hijo Don Juan Ramón , el ahora demandante. En esta situación dicho demandante, tras aceptar la herencia, presentó dentro del plazo de cuatro meses establecido en el pacto, la demanda a fin de que se deje sin efecto la mejora establecida a favor de su hermana por el incumplimiento de sus obligaciones.

Tercero.- La cuestión que se debate en este procedimiento se limita a determinar si efectivamente la demandada ha incumplido las obligaciones asumidas en su pacto de mejora suscrito con su madre o si, no existiendo causa de justificación o de incumplimiento y habiendo satisfecho el actor las necesidades de la causante, el pacto ha de tenerse por cumplido no pudiendo excluirse la demandada de la sucesión sobre el inmueble objeto del pacto.

La Ley 2/2006 de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia, declara expresamente en el artículo 204 la validez de las disposiciones hechas bajo condición de cuidar y asistir al testador, sus ascendientes, descendientes o cónyuge. El artículo 209 incluye entre los pactos sucesorios que autoriza, los de mejora que son, conforme al artículo 2014 aquellos por los cuales se conviene a favor de los descendientes la sucesión en bienes concretos. Tales pactos sucesorios, según el artículo 215, podrán suponer la entrega o no de presente de los bienes a quienes les afecten, determinando en el primer caso la adquisición de la propiedad por parte del mejorado.



En este caso se trata de un pacto de mejora celebrado entre la madre y dos de sus hijos, los aquí litigantes, sin la entrega del bien objeto de la mejora e imponiendo a los mismos la obligación de cuidar y asistir a la adjudicante desde que lo necesitare o reclamare hasta su fallecimiento; lo que constituye una condición suspensiva en los términos del artículo 1114 del Código Civil por remisión de los artículos 790 y 791 del mismo texto legal, de forma que solamente se adquirirá el derecho sobre el inmueble, si efectivamente se ha cumplido la condición, lo que concuerda con lo establecido en el artículo 218 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, al señalar que, además de por los casos que se convinieren, los pactos de mejora quedarán sin efecto, entre otros supuestos, si el mejorado incumpliera las obligaciones asumidas.

En el presente caso se trata de determinar si la demandada ha cumplido o no la obligación de prestar a la adjudicante asistencia y **cuidados** de todo orden hasta su fallecimiento, como alega el demandante y, en este punto, si comparte plenamente la conclusión obtenida por el juez de instancia tras valorar la prueba practicada y las íntegras circunstancias del caso, no apreciándose el error en la valoración de la prueba que la apelante denuncia.

Debe partirse de que la obligación de la demandada no se ceñía a prestaciones de subsistencia mínimas, económicamente evaluables, sino que trascendía el de mínimo material y abarcaban todo un campo de convivencia marcado por una relación afectiva, con permanentes **cuidados** y atención de todo orden. Por ello la cuestión del cumplimiento o incumplimiento de lo pactado no debe basarse en la estricta óptica económica o en la constatación de que la madre era autónoma y podía valerse por sí misma o tenía ciertas necesidades cubiertas por los servicios sociales del Ayuntamiento, sino en el análisis, a través de la correspondiente valoración probatoria, de si la hija propició ese marco de convivencia, afecto y seguridad a la madre, que constituyó la causa de contrato y que fue el fin perseguido, del que todas las personas se encuentran íntimamente necesitadas, sobre todo a edades avanzadas, con las naturales limitaciones físicas que progresivamente van disminuyendo la propia capacidad de autogestión doméstica.

En este sentido resultan determinantes las propias manifestaciones de la adjudicante, o cedente, vertidas en escritura pública de 6 de septiembre de 2012 en la que, en un acto que viene a ser una constatación de la existencia de la causa de extinción de los efectos del pacto, reconoce que su hija no ha cumplido las obligaciones asumidas, siendo su voluntad que los derechos que le correspondan en el inmueble objeto del contrato se adjudicasen únicamente al actor, escritura pública otorgada ante Notario que tiene plena validez pese a que la demandada ha formulado alguna alegación que parece dar a entender que no actuó libremente sino que fue su hermano quien la condujo al Notario cuando la misma ya no se hallaba en condiciones físicas y mentales para tal otorgamiento, ninguna acción entabló para obtener la declaración de nulidad por vicio del consentimiento. A esas manifestaciones sobre la frustración de los motivos contractuales en relación a la hija, se añaden todas las restantes pruebas obrantes en autos, de lo que se viene a concluir que, desde la fecha del otorgamiento, la hija no atendió ni cuidó a su madre, que era su marido el que de forma esporádica, los fines de semana acudía a visitarla, llegando incluso a manifestar a algún vecino que su madre ya no existía para ella, no acudiendo siquiera a su lecho de muerte. Los padecimientos que dice haber sufrido para justificar la no prestación de asistencia y **cuidados** a su madre, consistentes en síndrome de ansiedad y depresión, realmente no se consideran de la gravedad precisa para ello, pues si bien, en los períodos o épocas más graves de la enfermedad, podían disculparse esa dejación de sus deberes, en modo alguno amparan que durante tan largo período de tiempo el total alejamiento de su madre y la falta de cualquier prestación de asistencia, que llegó a no realizar siquiera visitas esporádicas y a no tener ningún contacto con ella; sin que el hecho de que la madre no la requiriera a tales fines, ni de que ya tuviese asistencia por parte del hermano o de los servicios sociales, la exonerara de su obligación, que como se ha dicho, no se limitaba a cubrir las necesidades de subsistencia básicas.

Fue por el contrario el demandante el que se ocupó de atender a su madre y, cuando no pudo hacerlo, fue su esposa la que la cuidó aunque fuese a cambio de una retribución pues tal posibilidad estaba ya prevista en el pacto suscrito.

Por tanto la prueba practicada se considera correctamente valorada a los efectos de la conclusión a que se llegó en la sentencia apelada, sin que el hecho de que la demandada o su esposo acudieran durante un período de tiempo, con frecuencia, a una entidad bancaria a efectuar retiradas de dinero para la madre, tenga relevancia al objeto de estimar cumplidas las obligaciones asumidas.

Por último mantiene también la apelante que la obligación se pactó con carácter solidario y, por ello, el cumplimiento de la misma por uno solo de los obligados ha de aprovechar a ambos, como es la regla general de las obligaciones solidarias conforme al artículo 1145 del Código Civil.

Tal interpretación no se comparte pues no es acorde a la finalidad y a los términos en que se redactó, y es contrario a la actuación de la mejorante, que acudió al Notario a fin de dejar constancia de que su hija no



había cumplido sus obligaciones y declarar que realmente su deseo era revocar la atribución efectuada y, en consecuencia, dejar a su hijo la vivienda objeto del pacto. Si realmente se pretendiera por la adjudicante en ese pacto que alguno de sus hijos la cuidara, y lo obtuviera a través de la atención prestada por el demandante, ninguna relevancia ni trascendencia jurídica tendría la declaración efectuada posteriormente ante Notario para hacer prueba del incumplimiento. Pese a los términos en que se redactó el pacto sucesorio de los hechos posteriores se deduce que la interpretación correcta es que la obligación se constituyó con carácter mancomunado entre los hermanos. Se trata de una obligación divisible conforme al artículo 1151 del Código Civil ; y en cuanto se trata de obligaciones de dar son obviamente susceptibles de cumplimiento parcial, así cada uno de los obligados mancomunadamente pueden procurar en parte los alimentos, ropa y vivienda; y en cuanto se trata de obligaciones de hacer, tendrá cada parte puede cuidar y asistir a la madre de forma parcial, esto es, dividiendo la prestación de hacer de acuerdo con el contenido obligacional mancomunado, con independencia de la dificultad relativa en el cumplimiento efectivo y práctico de esta clase de obligaciones.

Además el mismo día en que se suscribió el pacto sucesorio, la mejorante, otorgó **testamento** abierto, ante Notario en el que instituyó herederos a sus dos hijos Doña Elena y Don Juan Ramón , bajo la condición a que la "cuiden debidamente, con arreglo a los usos del lugar, desde que la persona testadora lo necesitare y reclamare y hasta el momento de su fallecimiento", añadiendo que " en caso de incumplimiento de la condición (...) por alguno de los herederos hace esta institución a aquél que la cumpla". En el mismo sentido que esta institución de herederos, ha de entenderse el pacto de mejora, de forma que el incumplimiento por parte de uno de los mejorados, ha de llevar como consecuencia que la mejora recaerá únicamente sobre el cumplidor, de la misma forma que ocurriría con la institución de heredero. Por todo ello, estimándose correctamente valorada la prueba en la sentencia de instancia es procedente confirmar la misma en su integridad, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña Elena .

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , es preceptiva la imposición de costas a la apelante.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Elena contra la sentencia, de fecha 28 de enero de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Cinco de Ourense en autos de Procedimiento Ordinario 41/2013, que consecuentemente se confirma en sus propios términos, imponiendo a la apelante las costas causadas en esta alzada.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso** , recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.